

变革中的国际人道法：发展与新议程

——纪念《日内瓦公约》1977 年《附加议定书》通过 40 周年

马新民*

摘要：1977 年通过的 1949 年《日内瓦公约》的两个《附加议定书》编纂并发展了有关国际人道法规则，是国际人道法发展的重要里程碑。《附加议定书》通过 40 年以来，国际人道法在理念上从“军事范式”转向“以人为本范式”；在制度上由重点规制国际性武装冲突转向非国际性武装冲突；在规则上新规则的制定与现有规则的编纂都有显著发展；在实施上国际和国内两个层面都有强化，保护平民和战争受难者与惩治违反国际人道法的个人并重；在适用上主体和范围都有所扩大，且有关规则得到充实和细化。围绕着国际人道法的实施及如何适用国际人道法于新领域、新主体和新武器这两大问题，有 5 个国际人道法新议程值得关注：加强国际人道法实施的政府间进程；加强被剥夺自由人员的国际人道法保护正式会议；联合国私营军事和安保公司政府间工作组；有关网络、外空、自主武器系统、核武器等作战手段和方法领域的立法和编纂进程；国际法委员会关于“危害人类罪”和“与武装冲突有关的环境保护”专题的编纂。

关键词：国际人道法 1977 年《附加议定书》 武装冲突 新议程

2017 年是 1949 年《日内瓦公约》的 1977 年《附加议定书》通过 40 周年。这两个《附加议定书》是对国际人道法的编纂和发展，它们不仅融合了“海牙法”和“日内瓦法”，而且兼顾了国际性和非国际性武装冲突，与 1949 年《日内瓦公约》一道构成了国际人道法的基础，是国际人道法发展的重要里程碑。

中国古代圣贤老子曾说，“兵者不祥之器，非君子之器，不得已而用之”。中国自古就有“怀仁杀敌”“降者勿杀”等反映人道主义精神的战争思想，二战期间也曾是非人道战争手段的受害者。中国一贯重视并强调遵守国际人道法。2017 年 1 月，中国国家主席习近平在日内瓦发表题为《共同构建人类命运共同体》的主旨演讲，明确指出，包括《日内瓦公约》确立的国际人道主义精神在内的一系列公认原则，“应该成为构建人类命运共同体的基本遵循”。^①这也是中国政府在国际人道法领域开展相关工作的一个重要指导思想。

* 外交部条约法律司副司长。本文仅代表作者个人观点。本文系作者于 2017 年 5 月 19 日在中国社会科学院国际法研究所“纪念日内瓦四公约 1977 年《附加议定书》通过 40 周年国际研讨会”所作的主旨发言。本文的写作得到外交部条约法律司胡镛、申钦民、何亮、徐驰的协助，在此表示感谢。

① 习近平：《共同构建人类命运共同体——在联合国日内瓦总部的演讲》，新华网，http://news.xinhuanet.com/world/2017-01/19/c_1120340081.htm，最后访问时间：2017 年 5 月 18 日。

《附加议定书》通过后的这40年来,国际格局发生了巨大变化,武装冲突的形式、作战手段和方法也发生了变化,国际人道法不断适应新情况与时俱进,取得了重要成就,同时也面临着很多新议程。

一 40年来国际人道法的发展成就

两个《附加议定书》通过以来,国际人道法在理念、框架、立法、实施和适用等五大方面都取得了显著进展。

(一) 理念的变化:从“军事范式”到“以人为本范式”

人权运动催生了国际人道法理念的变化。二战后人权运动的发展深刻影响了国际人道法,使国际人道法呈现“泛人权化”倾向。国际人道法的理念从“军事范式”(military paradigm)转向“以人为本范式”(humanity centered approach)。^①

半个世纪以来,国际人道法经历了两次转变。^②1949年《日内瓦公约》的通过,特别是1977年通过的两个《附加议定书》,标志着国际人道法的重点从以规范国家间行为为基础的体系转向以保护个人权利为核心的体系。20世纪90年代前南斯拉夫国际刑事法庭(International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia,简称ICTY和“前南刑庭”)^③和卢旺达国际刑事法庭(International Criminal Tribunal for Rwanda,简称ICTR和“卢旺达刑庭”)^④的建立,标志着国际人道法的重点进一步从保护个人权利为核心的体系转向保护个人权利与追究违法个人刑事责任并重的体系。

上述理念的变化首先体现在联合国实践中。在联合国系统,保护武装冲突中的平民、妇女、儿童、难民的基本人权也成为重要议题。^⑤联合国秘书长专门设立了儿童与武装冲突问题秘书长特别代表^⑥、武装冲突中的性暴力问题秘书长特别代表^⑦,旨在保护受武装冲突和性暴力行为危害的妇女和儿童。安理会采取各种措施促进国际人道法的适用和遵守,除设立前南刑庭和卢旺达刑庭惩治违反国际人道法的国际犯罪外,安理会从1998年起几乎连年就“武装冲突中

① Robert Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2014), pp. 12–13.

② Theodor Meron, “The Humanization of Humanitarian Law”, (2000) 94 (2) *American Journal of International Law* 239, pp. 243–247.

③ 根据联合国安全理事会1993年5月25日通过的第827号决议而建立,计划于2017年底关闭,并由联合国国际刑庭余留机制(Mechanism for International Criminal Tribunals)接管,其海牙分支已于2013年7月开始运行。该法庭是联合国成立的第一个主要审判战争罪的国际性刑事法庭。自成立以来,共审理77起案件,有161人被起诉,审结66起,3起案件仍在上诉,1起案件尚在审理中,7起案件移交其他法庭。<http://www.icty.org/en/action/cases/4>,最后访问时间:2017年5月18日。

④ 根据联合国安全理事会1994年11月8日通过的第955号决议而建立,已于2015年12月底关闭,由联合国国际刑庭余留机制接管,其阿鲁沙分支已于2012年7月开始运行。自成立以来,共审理71起案件,有93人被起诉,其中审结58起,13起案件移交其他法庭(其中8起案件被告仍在逃)。该法庭作出了第一个种族灭绝罪的判决,也是第一个对强奸可构成种族灭绝行为、传播种族灭绝行为的责任作出阐述的国际刑事法庭。<http://unictr.unmict.org/en/cases>,最后访问时间:2017年5月18日。

⑤ 相关内容写入《2005年世界首脑会议成果文件》,UN Doc. A/60/150。

⑥ 根据联合国大会第51/77号决议于1996年设立,<https://childrenandarmedconflict.un.org/zh/>,最后访问时间:2017年5月18日。

⑦ 根据安理会第1888(2009)号决议于2009年设立,<http://www.un.org/sexualviolenceinconflict/>,最后访问时间:2017年5月18日。

的儿童”^①和“武装冲突中的平民保护”^②问题进行审议，并通过了一系列决议或主席声明，敦促冲突各方遵守国际人道法、保护冲突中的平民，还规定对威胁平民的暴力行为安理会可采取制裁等措施。从1999年安理会第1270号决议首次确认联合国维和部队对塞拉里昂内战中的平民负有保护责任开始，保护武装冲突中的平民已成为联合国维和行动的基本责任。^③目前联合国在苏丹、南苏丹、科特迪瓦、达尔富尔、刚果（金）、黎巴嫩、利比里亚等国的维和部队都被授权保护遭受暴力威胁的平民，在特殊情况下，维和部队还可“采取一切必要措施”包括使用武力。2005年，安理会还通过决议^④建立了儿童与武装冲突问题工作组，审议受武装冲突影响的儿童问题并提出措施和建议。

此外，其他国际组织和国家也积极倡导保护武装冲突中的平民和儿童的基本人权。2012年国际刑事法院（International Criminal Court）在鲁邦加（Lubanga）案判决中首次确认征募15岁以下儿童参与武装冲突构成战争罪。^⑤挪威、阿根廷、奥地利、印尼等国提出了“增强国际人道法对平民的保护”倡议，从2010年起连年举行全球会议，致力于推动现有保护武装冲突中平民的国际人道法规则的遵守。^⑥国际红十字会也积极推动强化对失踪人员、^⑦国内流离失所者、^⑧被拘禁者^⑨等的保护措施，并加强推动非国家实体遵守国际人道法，包括采取特别协议、单边声明、将国际人道法纳入武装团体的行为守则、以及将其纳入停火或和平协定等4种法律办法促进国际人道法的遵守。^⑩

在人权保护与人道待遇等值化观念的影响下，无论国际人道法的立法，还是国际司法实践，都出现了国际人道法与国际人权法重叠适用的倾向。各国普遍认为国际人权法也适用于武装冲突。不过，国际人道法与国际人权法虽然都以保护人的生命和尊严为目的，但两者是不同的法律

① 自1999年开始，安理会就武装冲突与儿童通过了多项决议，如：第1261（1999）号、第1314（2000）号、第1379（2001）号、第1460（2003）号、第1539（2004）号、第1612（2005）号、第1882（2009）号、第1998（2011）号、第2068（2012）号、第2143（2014）号和第2225（2015）号决议。发布了10项主席声明：第2013/8号、第2010/10号、第2009/9号、第2008/28号、第2008/6号、第2006/48号、第2006/33号、第2005/8号、第2002/12号和第1998/18号主席声明。

② 自1999年开始，安理会就平民保护通过了多项决议，如：关于保护人道主义人员的第2175（2014）号和第1502（2003）号决议，关于武装冲突中保护平民的第1265（1999）号、第1296（2000）号、第1674（2006）号、第1738（2006）号、第1894（2009）号、第2222（2015）号和第2286（2016）号决议。发布了12项主席声明：第2015/23号、第2014/3号、第2013/2号、第2010/25号、第2009/1号、第2008/18号、第2005/25号、第2004/46号、第2003/27号、第2002/41号、第2002/6号和第1999/6号主席声明。

③ “根据《联合国宪章》第七章采取行动，决定联合国塞拉利昂特派团在执行任务时可采取必要行动，确保其人员的安全和行动自由，并考虑到塞拉利昂政府和西非观察组的责任，在部署地区于力所能及的范围内向面临人身暴力的急迫威胁的平民提供保护；” UN Doc. S/RES/1270/1999。

④ UN Doc. S/RES/1612/2005。

⑤ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment, 14 March 2012, ICC-01/04-01/06。

⑥ “Reclaiming the Protection of Civilians under International Humanitarian Law”, https://www.regjeringen.no/en/topics/foreign-affairs/humanitarian-efforts/protection_2013/id720823/ (last visited May 16, 2017)。

⑦ <https://www.icrc.org/en/war-and-law/protected-persons/missing-persons> (last visited May 16, 2017)。

⑧ <https://www.icrc.org/en/war-and-law/protected-persons/refugees-displaced-persons> (last visited May 16, 2017)。

⑨ <https://www.icrc.org/en/war-and-law/protected-persons/prisoners-war-detainees> (last visited May 16, 2017)。

⑩ Pascal Bongard and Jonathan Somer, “Monitoring armed non-state actor compliance with humanitarian norms: a look at international mechanisms and the Geneva Call Deed of Commitment”, (2011) 93 (883) *International Review of the Red Cross* 673; See also, Claudia Hofmann and Ulrich Schneckener, “Engaging non-state armed actors in state and peace-building: options and strategies”, (2011) 93 (883) *International Review of the Red Cross* 603。

体系，国际人权法是作为一般法适用于武装冲突，而国际人道法作为特别法其适用以存在武装冲突为前提，因此两者适用的时间范围、地理范围和对象范围都有所不同。直接将国际人权法的保护标准套用到武装冲突中的平民和战争受难者是不妥的。实践中，国际人权法适用于武装冲突的范围仍不明确，国际人道法与国际人权法的关系仍在进一步发展演变之中。

（二）框架的调整：由重点规制国际性武装冲突转向非国际性武装冲突

1949年以前的战争法并没有国际性武装冲突与非国际性武装冲突之分，适用于国家间的战争（inter-State war）和内战（civil war）的规则并无根本不同。在传统战争法框架下，内战中的叛乱者（rebels）需要被承认为交战团体（belligerent），^①才能适用限于国家间的战争法。非国际性武装冲突是冷战以来武装冲突最主要的形式。现代武装冲突极少是国际性武装冲突，95%的武装冲突都是非国际性武装冲突。^②对非国际性武装冲突的规制成为国际人道法框架中的一个重要组成部分。1949年《日内瓦公约》共同第3条确立了非国际性武装冲突中不容克减的基本规则，构成了适用于非国际性武装冲突的国际人道法的基石。1977年通过的《第二附加议定书》进一步发展了共同第3条，扩大和强化了适用于非国际性武装冲突的人道主义保护规则。在此情况下，内战中的叛乱者等非国家实体直接适用非国际性武装冲突有关规则，而无需借助承认体制适用限于国家间的战争法。传统武装冲突法中以国家承认叛乱者为交战团体从而存在“交战状态”（belligerency）进而适用国家间的战争法的理论和规则实际上已被抛弃。^③

随着非国际性武装冲突成为常态，要求健全和完善适用于非国际性武装冲突的国际法规则的呼声日高，实践中也出现了弱化国际性与非国际性武装冲突区别并将两类规则混用的倾向。立法方面，冷战以来制定的国际人道法条约基本都适用于国际性和非国际性武装冲突。如1980年《特定常规武器公约》及其5个附加议定书、^④1997年《禁雷公约》（又称《渥太华公约》）、1999年《关于发生武装冲突时保护文化财产海牙公约的第二议定书》和2000年《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》等都适用于国际性和非国际性武装冲突。

司法方面，前南刑庭在其司法判决中确认，关于非国际性武装冲突的习惯法与关于国际性武装冲突的习惯法基本相同，并在塔迪奇（Tadic）案判决中指出，其对非国际性武装冲突中的犯罪有管辖权。^⑤1998年《国际刑事法院罗马规约》确立的国际刑事法院管辖权也涵盖非国际性武装冲突中的

① “承认交战团体的结果是，叛乱者和母国政府都有权行使交战权利，也都应履行对交战者所加的义务，而第三国则有中立的权利和义务。” Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (London: Longman, 9th edn. 1992), p. 165.

② Colin S. Gray, *Another Bloody Century: Future War* (London: Weidenfeld & Nicolson, 2005), p. 36.

③ Ingrid Detter, *The Law of War* (Cambridge: Cambridge University Press, 2nd edn, 2000), p. 43. See also, Robert Kolb, *Advanced Introduction to International Humanitarian Law* (London: Edward Elgar, 2014), pp. 10–11.

④ 《关于无法检测的碎片的议定书》（一号议定书）（1980年10月10日）；《禁止或限制使用地雷（水雷）、钶雷和其他装置的议定书》（二号议定书）（1980年10月10日），该议定书在1996年又被修正，称《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的修正议定书》（修正的二号议定书）；《禁止或限制使用燃烧武器议定书》（三号议定书）（1980年10月10日）；《关于激光致盲武器的议定书》（四号议定书）（1995年10月13日）；到了2001年，《特定常规武器公约》的第一条被修正，称为《禁止或限制使用某些可被认为具有过分伤害力或滥杀滥伤作用的常规武器公约》第一条修正案（2001年12月21日）；《战争遗留爆炸物议定书》（五号议定书）（2003年11月28日）。中国政府批准了上述公约、公约修正案及其5个议定书。

⑤ ICTY, *The Prosecutor v. Tadic*, Decision of 2 October 1995, paras. 73–78.

犯罪。

软法和学术编纂方面，国际红十字会 2005 年《习惯国际人道法研究》归纳的 161 条国际人道习惯法规则中，有 148 条适用于非国际性武装冲突。圣雷莫国际人道法学院（San Remo International Institute of Humanitarian Law）2006 年《非国际性武装冲突法手册》^① 专门对非国际性武装冲突的规则进行了编纂。

但也应该看到，国际性与非国际性武装冲突是两类不同性质的冲突。非国际性武装冲突主要是一国内部问题，国际和非国际性武装冲突的两套规则在适用的门槛和具体内容上都有着根本区别。国际人道法的一个重要发展正是依据国际和非国际性武装冲突两类不同性质的冲突而确立了不同的规则。这种以国际与非国际性武装冲突为基础的二元国际人道法基本框架符合国际实践，也符合绝大多数国家的利益，有利于维护国际法上的国家主权和领土完整原则以及不干涉内政原则。虽然这种二元体制确实需要在实践中不断完善，但其基本框架应得到维护而不应受到损害。

（三）法律的完善：补充新规则与澄清编纂现有规则

1977 年两个《附加议定书》生效以来，国际人道法在制定新规则与澄清编纂现有规则方面都有显著发展。

一方面，通过国际立法发展新规则。首先，武器法不断完善。1980 年《特定常规武器公约》及其 5 个议定书、1993 年《禁止化学武器公约》、1997 年《禁雷公约》、2008 年《集束弹药公约》和 2013 年《武器贸易公约》等极大丰富了武器规则。其中，2008 年《集束弹药公约》全面禁止使用、生产、获取、储存、保留和转让集束弹药，从而在法律上终止了人类遭受集束弹药危害的历史。2013 年《武器贸易条约》是国际社会首次就常规武器和弹药的贸易问题制定国际规则，将有助于减少因武器非法转让而造成的人员伤亡。其次，保护战争受难者和文化财产的国际立法不断完善。例如 2000 年《儿童权利公约关于儿童卷入武装冲突问题的任择议定书》专门为武装冲突中的儿童提供保护。1999 年通过的《关于发生武装冲突时保护文化财产海牙公约的第二议定书》对在国际性和非国际性武装冲突中保护文化财产作出了规定。

另一方面，通过软法或学术编纂澄清和编纂现有规则。首先，国际红十字会通过多项软法，不断阐明和完善国际人道法的内涵，如 2005 年《习惯国际人道法研究》、2008 年《关于国际人道法中武装冲突的定义》、2009 年《武装冲突及其他暴力局势中实施拘禁和行政拘留的程序性原则和保障》、2009 年《国际人道法中直接参加敌对行动定义的解释性指南》等。其次，有关国家政府也在推动制定指南性质的软法。例如，由瑞士政府和国际红十字会发起，美、英等 54 个国家签署的 2008 年《关于国家在武装冲突中使用私营军事和安保公司的相关国际法律责任和良好惯例》（简称《蒙特勒文件》），以及 2011 年《私营军事和安保公司国际行为准则》，都规定了各国私营军事和安保公司进行活动的法律义务和行为规范。再次，有关非政府组织努力编纂国际人道法规则。在海战领域，圣雷莫国际人道法学院 1995 年编纂了《适用于海上冲突的国际法圣雷

^① Drafting Committee: Yoram Dinstein, Charles Garraway and Michael Schmitt, “*The Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*”, the San Remo International Institute of Humanitarian Law, 2006, <http://www.ihl.org/wp-content/uploads/2015/12/Manual-on-the-Law-of-NIAC.pdf> (last visited May 16, 2017).

莫手册》;^① 在空战领域, 哈佛大学“人道政策与冲突研究项目”2009年编纂了《空战和导弹战国际人道法手册》,^② 重述了“适用于国际性武装冲突中的空战和导弹战的现有法律”; 在网络领域, 位于爱沙尼亚首都塔林的北约“网络防御合作卓越中心”推动20多位西方专家编纂了2013年《关于网络战国际法适用的塔林手册》(简称《塔林手册1.0》);^③ 在人道援助领域, 在联合国人道主义事务协调办公室(简称OCHA)的推动下, 牛津大学编写了2016年《关于武装冲突中人道援助行动法律的牛津指南》。^④

应当注意的是, 上述软法文件和学术编纂都不具有法律约束力, 但其对于国家政策和实践的影响以及对国际人道法规则的形成和发展的作用是不容忽视的。

(四) 实施的强化: 国际和国内两方面并行

冷战结束以来, 国际人道法的一个重要发展是将保护平民和战争受难者与惩治违反国际人道法的个人并重, 并在国际和国内两个方面强化国际人道法的实施。

在国际层面, 建立了一系列国际司法机构, 依法惩治在武装冲突中的国际犯罪。如1993年前南刑庭、1994年卢旺达刑庭、2001年柬埔寨特别法庭、^⑤ 2002年塞拉利昂特别法庭^⑥和2002年国际刑事法院^⑦相继成立, 国际社会依法追究违反国际人道法的个人的刑事责任不断强化, 国际人道法被装上“牙齿”, 代表国家或以国家名义行事的个人须就其违反国际人道法的国际罪行承担刑事责任已成为公认的法律制度和普遍的国际实践。

同时, 国际社会还成立了追究违反国际人道法责任的赔偿委员会。其中影响最大的主要有两个。一是1991年联合国赔偿委员会。^⑧ 在1990年伊拉克入侵科威特后, 安理会通过第687号和

① “San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea”, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/385ec082b509e76c41256739003e636d/7694fe2016f347e1c125641f002d49ce4> (last visited May 16, 2017).

② Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, *Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

③ Michael N. Schmitt (General ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

④ “Oxford Guidance on the Law Relating to Humanitarian Relief Operations in Situations of Armed Conflict”, [https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/Oxford Guidance.pdf](https://docs.unocha.org/sites/dms/Documents/Oxford%20Guidance.pdf) (last visited May 16, 2017).

⑤ 柬埔寨法院特别法庭又称红色高棉特别法庭, 是柬埔寨政府于1997年向联合国提出资助申请后, 联合国与柬埔寨政府在2003年6月签署协议决定成立的特别法庭, 主要对被指在1970年代后期在柬埔寨犯下了种族灭绝罪、战争罪及危害人类罪等罪行的前红色高棉高级领导人进行审判。根据协议, 审判由柬埔寨本国法官和国际法官共同主持。该法庭2009年2月正式开庭对红色高棉成员进行审判, 截至目前共审理了7起案件, 作出了2起有罪判决, 1起案件因被告死亡而终止, 1起案件撤诉。<https://www.eccc.gov.kh/en/about-eccc/introduction>, 最后访问时间: 2017年5月18日。

⑥ 塞拉利昂特别法庭是由塞拉利昂政府和联合国建立的司法机关, 目的是审判在1996年11月30日以后, 及塞拉利昂内战中“凡是对塞拉利昂境内严重侵犯国际人道主义法的行为和塞拉利昂有关法律定为犯罪的行为负最大责任的人”。该法庭在塞拉利昂的首都弗里敦和海牙、纽约市设立办公室。2012年4月26日, 利比里亚前总统查尔斯·泰勒成为第一名被指控犯有战争罪的非洲国家领导人。该法庭自成立以来共审理了5起案件, 另审理了7起藐视法庭案件。2013年该法庭由塞拉利昂特别法庭预留机制接管。<http://www.rscsl.org/>, 最后访问时间: 2017年5月18日。

⑦ 国际刑事法院根据2002年7月1号开始生效的《国际刑事法院罗马规约》成立, 主要对犯有灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪的个人进行起诉和审判。截至2017年6月, 共有10项情势进入法院调查或审理程序, 共涉及24个案件, 已作出3起有罪判决, 1起仍在上诉, 有5起案件被撤销起诉或宣布无罪, 有15起案件正在审理中。另有10项情势由检察官开展初步审查 (preliminary examination)。<https://www.icc-cpi.int/Pages/cases.aspx>, 最后访问时间: 2017年5月18日。

⑧ <http://www.uncc.ch/> (last visited May 16, 2017).

第 692 号决议设立了联合国赔偿委员会，处理伊拉克因非法入侵和占领科威特而对外国政府、国民和公司造成的任何直接损失、损害的赔偿问题。委员会共接受了约 270 万个索赔申请，支付了 520 多亿美元赔偿款。二是 2001 年成立的厄立特里亚—埃塞俄比亚求偿委员会，该委员会根据两国 2000 年 12 月 12 日协定第 5 条成立，设在海牙和平宫并以常设仲裁法院作为书记官处，负责处理因 1998 年至 2000 年两国间武装冲突所造成的损失、损害或伤亡的索赔请求，并作出有约束力的仲裁裁决。请求可由一方政府提出或由其代表本国国民（自然人和法人）提出。^①

此外，各种违反国际人道法的调查机制也纷纷建立。如 2016 年底联合国大会通过决议^②就叙利亚问题设立“国际公正独立机制”（international, impartial, and independent mechanism），其中一个重要任务是收集、整理、保存和分析违反国际人道法的证据。^③ 还有很多非政府组织如大赦国际也就违反国际人道法的行为提供报告。需要指出的是，不论哪种调查机制，必须要获得国际组织或有关当事国的同意或授权，应力避以“调查”为名行“干涉”之实。

在国内层面，不少国家将国际人道法条约纳入国内法，规定严重违反《日内瓦公约》的行为构成国内法上的犯罪，各国义务进行调查、起诉，或通过司法协助或引渡，由国内法院进行审判。

但国际人道法的执行问题仍面临挑战。一方面，现有国际人道条约所确立的各种机制尚待全面落实，有的迄未启动。《日内瓦公约》和两个《附加议定书》确立了保护国制度（Protecting Powers）、国际实况调查委员会（International Fact-finding Commission）、调查程序等执行机制，《第一附加议定书》还规定了缔约国会议机制（第 7 条）。在实践中，如何将这些机制转化为实际行动，仍是国际人道法实施的重要课题。另一方面，一些国家和非政府组织建议设立新机制，将国际人权公约的监督机制适用于国际人道法，建立诸如定期报告、事实调查、预警和紧急行动、国别访问等新的国际人道条约执行机制。是否有必要以及如何设立国际人道法执行机制问题，已成为国际人道法领域的重要议题。

（五）适用的拓展：扩大与细化

较之传统的武装冲突，当今武装冲突发生了许多重要变化。这种转变表现为军事行动从荒郊野外转移到街巷市井，作战人员与平民的身份混同，平民越来越多参与到敌对行动中，传统的军事行动被外包给私营公司和非军事人员。^④ 当今日益增多的城市战引发了很多有关区分原则、比例原则的适用的讨论。例如，在城市环境中使用爆炸物是否要符合区分和比例原则？^⑤ 这些变化既给国际人道法的适用带来挑战，也提供了机遇，促进了国际人道法的普遍适用和深入发展。过去 40 年国际人道法的内容更加丰富和具体，适用的广度和深度都在不断拓展。

一是国际人道法适用主体扩大。传统武装冲突的主体主要是国家武装部队和武装叛乱团体。冷战结束以来，联合国在维持和平与安全方面的活动激增，越来越多的多国部队和联合国维持和

① 委员会总共作出 15 项裁决，并于 2009 年 8 月 17 日结束工作。<https://pca-cpa.org/en/cases/71/> (last visited May 16, 2017).

② UN Doc. A/RES/71/248.

③ Report of the Secretary-General, UN Doc. A/71/755.

④ Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 328.

⑤ Knut Dormann and Tilman Rodenhäuser, “Contemporary Challenges for International Humanitarian Law”, in James Crawford, Abdul G. Koroma, Said Mahmoudi (eds.), *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses: Essays in Honour of Djamchid Momtaz* (Leiden: Nijhoff, 2017), pp. 688–691.

平部队直接介入武装冲突，它们无疑应被视为武装冲突的一方而适用国际人道法。1999年8月联合国秘书长颁布《关于联合国维持和平部队遵守国际人道法的公告》，明确规定国际人道法基本原则和规则适用于作为战斗员参加武装冲突的联合国部队。没有参加武装冲突的维和人员原则上属于平民，享有国际人道法下平民的待遇。根据1994年《联合国人员及有关人员安全公约》第7条的规定，联合国人员和有关人员、其装备和驻地不得成为攻击目标，缔约国应采取一切适当措施，确保联合国人员和有关人员的安全和保障，并惩治危害维和人员安全的犯罪。同时，在各国裁军规模不断扩大和武器系统日益专业化的背景下，战争日益“私营化”。近年来，武装冲突方越来越多地雇用私营军事和安保公司承担传统上由武装部队负责的军事任务。这些私营军事和安保公司在一定程度上也成为国际人道法适用的主体。

二是国际人道法规则适用范围扩大。首先是扩大到外层空间。根据《外空条约》第3条，各国探索和利用外空包括月球和其他天体的活动，应按照包括《联合国宪章》在内的国际法进行。这意味着包括诉诸武力权和国际人道法等在内的国际法规则也应适用于外空。^①但在外空武装冲突情势下，交战方如何适用国际人道法是一个值得探讨的问题。其次是扩大到网络空间。联合国信息安全专家组2013年报告^②和2015年报告^③均确认，国际法特别是《联合国宪章》适用于网络空间。因此，国际人道法原则上也应适用于网络空间，但如何适用是当前网络空间国际法领域的一个值得深入探讨的热门话题。

三是国际人道法规则得到充实和细化。冷战以来，特别是进入本世纪后，日益频繁的非国际性武装冲突催生了国际人道法的广泛适用，国际人道法的发展呈现一个高峰，国际人道法的理论和实践都得到前所未有的发展。近年来以下几个议题成为国际关系和国际法的热门话题，受到广泛关注。

第一，非国际性武装冲突扩大化解释和适用。1949年《日内瓦公约》共同第3条和1977年《第一附加议定书》第1条通过以来，武装冲突两分为国际性武装冲突和非国际性武装冲突，被认为是涵盖了所有武装冲突形式。在现行国际人道法中，非国际性武装冲突包括两个法律框架。一个是以1949年《日内瓦公约》共同第3条为依据建立的法律框架。根据该条，“非国际性武装冲突”是指“在一缔约国领土内发生的”政府军和武装团体之间，或武装团体彼此间的武力冲突。另一个是以1977年《第二附加议定书》第1条为依据确立的法律框架。该条进一步发展了《日内瓦公约》共同第3条有关非国际性武装冲突的定义，明确规定非国际性武装冲突是指，“在缔约一方领土内发生的该方武装部队和在负责统率下对该方一部分领土行使控制权，从而使其能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书的持不同政见的武装部队或其他有组织的武装集团之间的一切武装冲突”。这一定义比共同第3条更为严格，虽未更改非国际性武装冲突适用的主体构成和地理范围条件，但提高了反政府武装团体的条件，要求武装集团具备4个条件，即有负责的指挥官、对一部分领土行使控制权、能进行持久而协调的军事行动并执行本议定书规定。^④《日内瓦公约》共同第3条和《第二附加议定书》第1条都将非国际性武装冲突限于在一国领土内发生的武装冲突。

① Stephan Hobe, Bernhard Schmidt-Tedd, Kai-Uwe Schrogl (eds.), *Cologne Commentary on Space Law* (Neuwied: Carl Heymanns Verlag, 2013), Volume I, pp. 67-68.

② UN Doc. A/68/98, para. 19.

③ UN Doc. A/70/174, para. 28.

④ 《第二附加议定书》进一步发展了《日内瓦公约》共同第3条，扩大和强化了适用于非国际性武装冲突的人道主义保护规则。但该议定书的适用范围比共同第3条的范围要小。

但“9.11”事件以来，实践中出现了许多具有跨国等涉外因素的国际化的非国际性武装冲突，对武装冲突的“两分法”提出了挑战。这种具有跨国因素的武装冲突能否为现有武装冲突类别所涵盖，是否有必要规定第三种武装冲突，引起广泛争论。具有跨国因素的武装冲突中往往有一个或多个外国武装部队介入其中，本质上属于非国际性的，但又不属于《日内瓦公约》共同第3条和《第一附加议定书》第1条规定的在一国领土内发生的传统的非国际性武装冲突，如以色列军队与黎巴嫩真主党军队之间的武装冲突、美国与“基地组织”之间的冲突，其发生地都超出一国国界，既不属于国家间国际性武装冲突，也不属于传统的限于一国境内的非国际性武装冲突。由于现有国际人道法条约对跨国的（或国际化的）非国际性武装冲突缺乏明确规定，美国联邦最高法院在哈姆丹（Hamdan）案中，^① 国际法院^②和前南刑庭^③在有关判决中，都通过扩大解释《日内瓦公约》共同第3条的规定，将国家间武装冲突以外的所有其他武装冲突都归类为共同第3条规定的非国际性武装冲突。上述扩大解释的方法在很大程度已成为广泛的国家实践，但是否已成为习惯国际法规则还存在不确定性。

国际实践显示，非国际性武装冲突已扩大到包括跨国武装冲突，冲突发生的地域已不是认定非国际性武装冲突的决定因素。事实上，现有的国际人道法并没有专门为第三类所谓跨国武装冲突留有特别适用的空间。非国际性武装冲突并不是国内武装冲突的同义语，非国际性武装冲突的定义还应包括涉及其他缔约国领土的情形，^④ 即跨国或国际化的非国际性武装冲突。实践中，有时几个武装冲突同时发生，在此情况下，武装冲突的定性及适用的法律取决于交战者之间的关系。

第二，反恐战争和域外定点清除等军事行动的合法性问题引起争论，国际社会的共识在增加。反恐战争既涉及诉诸武力权（*jus ad bellum*）问题，也涉及战时法（*jus in bello*）问题，还可能涉及时法中的国际刑法问题。美国所称的全球“反恐战争”并非严格意义的国际人道法上的战争或武装冲突概念，反恐战争在性质上是否属于国际人道法上的战争或武装冲突，取决于对恐怖主义或暴力活动的定性。^⑤ 对暴力局势的定性，决定着可适用的法律体系，也决定着有关当事人的法律地位。恐怖主义暴力局势既可能被界定为构成武装冲突，也可能被界定为和平时期的恐怖主义犯罪行为。对不同的暴力局势要适用不同的法律措施，包括武力行动。如确认有关暴力局势构成武装冲突，则需考察是国际性还是非国际性武装冲突，有关国家可依据相应的武装冲突法规则采取武力措施。如有关行为被定性为和平时期的恐怖主义暴力犯罪，有关国家可依据国内刑事法律及国际刑法、人权法规则等，在执法行动框架下采取武力措施。

与反恐战争相关的一个问题是域外定点清除（*target killing*）的合法性方面。2000年以色列

① *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U. S. 557, 630–31 (2006).

② *Military and Paramilitary Activities (Nicaragua v. U. S.)*, Judgment of Merits, I. C. J. Reports 1986, paras. 218–220.

③ ICTY, *The Prosecutor v. Tadic*, Decision of 2 October 1995, paras. 67–70; ICTY, *The Prosecutor v. Boskoski*, Judgment of 17 October 2003, paras. 176 and 180–205.

④ Nils Melzer, *Targeted Killing in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 258.

⑤ 国际红十字会对反恐和国际人道法的关系进行了详细研究，先后于2011年和2015年发布了有关报告。国际红十字会认为，不存在所谓的国际法意义上的“反恐战争”概念。对于各种类型的反恐措施，从一般执法措施到武力打击恐怖主义，要根据个案具体分析是否属于武装冲突，属于何种武装冲突。总体上，要区分反恐法律框架与国际人道法，两种规则在逻辑、目的和结构上并不相同。ICRC Report on international humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts 2015 and 2011, <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts>, and <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/report/31-international-conference-ihl-challenges-report-2011-10-31.htm> (last visited May 16, 2017).

发布了针对位于巴勒斯坦的恐怖分子定点清除政策。“9.11”事件后美国针对基地组织、塔利班等采取了使用无人机或精确制导导弹的定点清除行动。2001年美国国会通过了《授权采取军事行动法案》(Authorization for the Use of Military Force),授权总统对恐怖袭击“使用一切必要和合适的武力手段”。这种武力手段是否符合国际法曾引起广泛争论。从国际法角度,该问题既涉及是否符合诉诸武力权规则,也涉及国际人道法规则,特别是攻击非交战国内直接参加敌对行动的人员是否合法的问题。这取决于有关行为是一种和平情势下的执法行为,还是一种武装冲突中的敌对行为。在执法情形中,在一国剥夺未直接参加敌对行动的人的生命,应首先符合平时国际法(包括国际人权法、国际刑法)以及国内刑法和刑事诉讼法。在存在武装冲突的情况下,定点清除有关个人是否合法不仅取决于其是否是武装冲突中的合法目标,还必须考虑到该军事行动是否符合必要性和比例性原则,而不应轻易援引作为惩处手段。根据国际法,任何敌对武力行动,无论是反恐战争,还是域外定点清除,抑或无人机袭击,只有符合以下两个条件才是合法的。首先,使用武力行动必须符合《联合国宪章》和习惯国际法确立的诉诸武力权规则。具体说就是国家应依据《联合国宪章》第51条行使自卫权和根据《宪章》第七章的规定由安理会依法采取或授权采取行动。其次,实际的武力行动必须符合国际人道法相关规则,包括符合必要性原则和比例性原则。

第三,国际人道援助规则强化。国际体系在维护和平与安全方面失灵所导致的后果之一就是,将国际交涉的重点从解决冲突转移到人道行动,^①因此人道救援规则的重要性不断上升。根据国际人道法,国家有责任确保在其控制之下平民的基本需求得到满足。如果国家不能或不愿履行上述职责,国际人道法公约规定,其他团体如人道组织应在有关国家同意下开展人道援助。^②人道救援可以由政府机构、非政府组织及其他非政府人道主义机构根据人道主义原则提供。政府及联合国机构所奉行的人道主义原则主要列于联合国大会第46/182号等决议中。而非政府人道主义机构则主要依据《国际红十字和红新月运动及从事救灾援助的非政府组织行为准则》。这方面新的发展是,2016年牛津大学研究机构编写了《关于武装冲突中人道援助行动法律的牛津指南》。上述有关规则都旨在确保人道援助能够顺利开展,并确保救助行动目的单纯且中立,防止对冲突情势和国家内政等构成干涉。

第四,占领规则适用面临新挑战。在现行国际人道法下,武装占领他国领土是国际性武装冲突的一种,原则上适用有关国际性武装冲突的规则,同时也适用特殊的占领法。近年来,联合国行动和多国部队等占领外国领土的新的形式,提出了现行占领法是否适用的问题。同时,占领的开始与结束的判定标准问题、占领方的权责分配问题、占领部队在敌对行动中使用武力与执法行动中使用武力的规则等问题,也是实践中经常面临的问题,需要探讨和澄清。

此外,如何认定直接参加敌对行动,如何规制联合国行动和多国部队使用武力的行动,如何规定武装冲突中被拘留人的待遇问题,如何规制新武装和技术手段(网络领域、外空领域、核领域及自主武器系统)问题,对国际人道法的解释和适用都提出了新挑战,相关规则的讨论都越来越深入、细化。通过国际社会各方的广泛深入研讨以及各国、国际组织的实践,上述有关概念和规则的内涵不断得以澄清,相关规则内容不断丰富和发展。

① ICRC Report on international humanitarian law and the challenges of contemporary armed conflicts 2015, Introduction, <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts> (last visited May 16, 2017).

② 相应的规则参见适用于国际性武装冲突的《日内瓦第四公约》第23条、55条、59条,《第一附加议定书》第69条、70条,适用于非国际性武装冲突的《日内瓦公约》共同第3条第2款,《第二附加议定书》第18条。

二 当前国际人道法的新议程

当前国际人道法也面临诸多新情况、新问题和新的挑战。主要包括两个方面：一是现有国际人道法规则的执行；二是国际人道法规则如何适用于新领域、新主体和新武器。围绕着上述两个问题，目前国际上主要有以下5个国际人道法新议程值得关注。

（一）加强尊重国际人道法（Strengthening Respect for International Humanitarian Law）的政府间进程

众所周知，《日内瓦公约》缔约年代较早，没有设立类似其他国际公约所规定的缔约国大会等履约机制。在国际红十字会和瑞士政府的推动下，2015年第32届红十字和红新月国际大会通过决议，^①要求启动政府间进程，就加强国际人道法的执行展开讨论，并向2019年第33届红十字和红新月国际大会提交成果。2016年11月，加强尊重国际人道法的政府间进程首次会议在日内瓦举行，会议确定了工作模式和工作计划。在2017年4月举行的第二次会议上，各方第一次就有关实质问题进行了讨论。目前来看，在是否设立新的执行机制这一关键问题上，各国立场和关切还有较大分歧。欧洲国家及拉美多数国家认为确有必要设立新的国际人道法执行机制，但也有不少国家对此持有异议，认为应该通过强化和完善现有的全球和区域性机制执行国际人道法。

中国政府重视并积极参与了这一进程的两次会议，主张对进程的讨论应严格遵循第32届红十字和红新月国际大会决议的授权，坚持国家主导、协商一致的原则，应避免在缺乏共识的情况下仓促推进。中国对这一进程最后的结论持开放态度，但主张应立足于完善现有机制，并认为各方应在协商一致的基础上确定是否以及如何建立新机制，还主张即使各方一致同意应建立新机制，这种机制的权限也应主要是交流履约情况，而非强制性的履约审议或监督机制。

（二）加强被剥夺自由人员的国际人道法保护正式会议（Strengthening International Humanitarian Law Protecting Persons Deprived of Their Liberty）

国际社会普遍认为，国际人道法没有对非国际性武装冲突中的被羁押人提供足够的保护。非国际性武装冲突中有关拘禁或拘留^②的国际人道法规则被认为存在以下不足：第一，相比于适用于国际性武装冲突的规则不够详细，对羁押的程度、被羁押者如何与外界接触、对被羁押者的探视等，现有规则没有提供充分保护。第二，对于易受冲突影响的群体，如伤者、病者、妇女或儿童等，《日内瓦公约》共同第3条未规定，《第二附加议定书》虽有规定，但是较为原则。第三，在非国际性武装冲突情形下，拘留可以作为一种刑事程序，除此之外，还可基于哪些理由合法地剥夺人的自由，以及相应的程序保障问题，在目前的国际人道法条约和习惯国际人道法中都没有规定，容易导致拘留的滥用。第四，若将被羁押人转移到另一个国家，而转移后被羁押人有可能

① Resolution 2: Strengthening compliance with international humanitarian law (32IC/15/R2), <https://www.icrc.org/en/document/outcomes-32nd-international-conference-red-cross-and-red-crescent> (last visited May 16, 2017).

② 非国际性武装冲突中，根据目前的国际人道法规则，受保护的被剥夺自由的人有两类：一是因刑事起诉而被羁押的人，也即刑事拘留（criminal detention）；二是未遭刑事起诉，而由于安全原因而被羁押的人，也即拘禁（internment）。

面临酷刑的危险，对比该如何处理，国际人道法没有明确规定。^①

迄今，国际社会已就加强在武装冲突中被拘留人员的保护问题通过了两个重要文件。一是在丹麦政府倡导的“哥本哈根进程”框架下所通过的2012年《哥本哈根原则》，^②主要规定了在非国际性武装冲突中的国际军事行动（如多国部队）所涉拘留问题。《哥本哈根原则》由多国政府、^③国际组织^④和民间团体制定，没有法律拘束力。二是联合国2010年《联合国维和行动中关于拘留的内部程序规范》（Interim Standards on Operating Procedures on Detention in United Nations Peacekeeping Operation），主要处理国际性和非国际性武装冲突中的联合国维和行动所涉拘留问题，但该规范未得到参与维和部队的国家的普遍同意。目前处理该问题的主要做法是，由出兵国与联合国签署专门协定就维和行动中的拘留问题作出规定。

当前，有关武装冲突中被拘留人员待遇的问题最重要的议程是，加强被剥夺自由人员的国际人道法保护政府间会议。该议程主要是针对非国际性武装冲突中被羁押人员的待遇问题。国际红十字会一直致力于有关研究，2005年发布了“武装冲突和其他暴力情势中拘禁（internment）和行政拘留（administrative detention）的程序原则和保障”指南文件，主张只有出于“安全紧迫理由”才能进行拘禁（或临时关押），没有严重安全威胁仅出于收集情报、惩戒或警告等考虑而随意拘禁有关人员是违反人道法的，不能以拘禁取代正常的追究犯罪的刑事司法程序。2011年起，国际红十字会开始就此问题与有关国家进行了一系列磋商，并于2014年11月发布关于“武装冲突中的拘禁：基本规则与挑战”意见书。该文件详细列举了国际性与非国际性武装冲突中拘禁的合法性及待遇问题，特别指出在非国际性武装冲突中，非东道国拘禁人员需要有合法依据，只有东道国法律以及特殊情形下作为交战方的非东道国法律或者安理会决议才能为拘禁提供合法性依据。2015年第32届国际红十字和红新月大会通过决议，^⑤呼吁各国就加强特别是非国际性武装冲突中剥夺自由人员的国际人道法保护展开讨论，并提出意见和建议。根据此次大会第1号决议的授权，国际红十字会就加强被剥夺自由人员的国际人道法保护问题，于2017年4月召集各国在日内瓦举行了第一次正式会议。此次会议的目的是讨论、确定该进程的工作模式和工作计划（modalities and work plan）。会上，很多国家表态支持这一进程，但各方就是否应采取协商一致的工作原则推进工作分歧较大，第一次会议未能就任何问题达成共识。可以想见，武装冲突中被剥夺自由人员的待遇问题将继续成为国际人道法规则发展的焦点问题。

中国政府积极参与了这一进程，总体支持加强对武装冲突中被羁押人员的保护，同时主张非国际性武装冲突中被羁押人员待遇问题更多属于一国内部事务，不宜照搬国际性武装冲突的有关规则。中国政府强调在制定非国际性武装冲突中被羁押人员的规则时，应充分考虑非国际性武装冲突的特殊性以及被羁押人员的实际需要。

① Knut Dormann and Tilman Rodenhauer, “Contemporary Challenges for International Humanitarian Law”, pp. 685 – 686.

② Jonathan Horowitz, “Introductory Note to the Copenhagen Process Principles and Guidelines on the Handling of Detainees in International Military Operations”, (2012) 51 *International Legal Materials* 1364, pp. 1364 – 1380.

③ 参与“哥本哈根进程”的国家包括：阿根廷、澳大利亚、比利时、加拿大、中国、丹麦、埃塞俄比亚、芬兰、法国、德国、印度、约旦、马来西亚、新西兰、尼日利亚、挪威、巴基斯坦、俄罗斯、南非、瑞典、坦桑尼亚、荷兰、土耳其、乌干达、英国和美国。

④ 非洲联盟、欧洲联盟、北大西洋公约组织和红十字国际委员会等国际组织的代表作为观察员参加了哥本哈根进程的各项会议和研讨会。

⑤ Resolution 1: Strengthening international humanitarian law protecting persons deprived of their liberty (32IC/15/R1), <https://www.icrc.org/en/document/outcomes-32nd-international-conference-red-cross-and-red-crescent> (last visited May 16, 2017).

（三）联合国私营军事和安保公司政府间工作组

如何确保武装冲突中的私营军事和安保公司遵守国际人道法问题是国际人道法领域的一个热门话题。美欧不少国家反对制定具有国际约束力的规范和监管方式，认为可以通过制定国际标准、准则、行动计划、合同范本、最佳实践等实现加强监管的目的。目前，国际上涉及及规制私营军事和安保公司问题的进程还没有形成统一的对话和合作平台，在联合国系统有多个国际进程在推进，如 2005 年原联合国人权委员会设立的联合国雇佣军问题工作组，^① 2010 年联合国人权理事会设立的私营军事和安保公司国际规章政府工作组，^② 联合国预防犯罪和刑事司法委员会有关私营军事和安保公司问题政府间专家组，^③ 国际海事组织有关专家组^④等。

“蒙特勒”国际进程是该领域最具影响的进程之一。在国际红十字会和瑞士的联合倡议下，2008 年 17 个国家签署了《关于国家在武装冲突中使用私营军事和安保公司的相关国际法律责任和良好惯例》（简称《蒙特勒文件》）。《蒙特勒文件》旨在对武装冲突期间各国私营军事和安保公司进行规制，包含一系列相关国际法律义务和良好惯例，不具有法律约束力。《蒙特勒文件》目前已有 54 个签字国，并有 3 个国际组织（欧洲联盟、北大西洋公约组织、欧洲安全与合作组织）参加。^⑤

《蒙特勒文件》通过后，瑞士政府协助约 300 多家安保公司依据该文件制定通过了 2011 年《私营军事和安保公司国际行为准则》。该准则供公司自愿签署，并承诺遵守人权和人道法方面的规则。在该准则下还设立了“国际行为准则协会”，履行一定的监督管理职能。该协会是根据瑞士法律设立的财团法人，由国家、公司和民间团体三方共同参与，目前成员包括美、英、澳等 6 个西方国家、18 家非政府组织及 91 家私营军事和安保公司，负责私营军事和安保公司的认证、报告、监督和评估。目前，中国华信中安、银盾、汉卫 3 家安保公司已加入该协会。

在《蒙特勒文件》下还成立了“蒙特勒文件论坛”，旨在为签署方提供一个非正式对话平台，讨论当前规范私营军事和安保公司问题。截至 2017 年 6 月，该论坛已举行了 5 次会议。中国是最早签署《蒙特勒文件》的 17 个国家之一，并作为“蒙特勒文件论坛”的主席之友参与会议。中国政府支持以《蒙特勒文件》为基础加强对私营军事和安保公司的自愿性监管，支持以论坛为平台就《蒙特勒文件》的推广落实交流经验。中国认为，各国应在监管私营军事和安保公司问题上加强合作、寻求共识。私营军事和安保公司的所属国应依法承担国际法上的义务和责任，确保相关私营军事和安保公司遵守国际人权法和国际人道法规则。

该领域另一个重要的进程是由人权理事会 2010 年设立的联合国私营军事和安保公司政府间工作组会议。2017 年 5 月该工作组第六次会议在日内瓦举行，中国、美国、英国、俄罗斯等 40 余个国家以及欧洲联盟、红十字国际委员会等国际组织代表参会。会议以协商一致的方式通过了“工作组第六次会议关于私营军事和安保公司活动国际监管框架的结论和建议”，同意由人权理事会授权成立新工作组，开展制订私营军事和安保公司活动国际监管框架工作，但不预设该监管框架的法律性质。该“结论和建议”将向 2017 年 9 月召开的人权理事会第 36 次会议提交，拟授

① <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/WGMercenariesIndex.aspx> (last visited May 16, 2017).

② <https://www.un.org/press/en/2010/gashc3991.doc.htm> (last visited May 16, 2017).

③ <https://www.unodc.org/unodc/en/justice-and-prison-reform/expert-group-meetings2.html> (last visited May 16, 2017).

④ <http://www.imo.org/en/OurWork/Security/PiracyArmedRobbery/Pages/Private-Armed-Security.aspx> (last visited May 16, 2017).

⑤ <http://www.mdforum.ch/en/participants> (last visited May 16, 2017).

权成立的新工作组任务期限为3年。目前来看,各方对拟订国际监管框架存在普遍共识,但对该监管框架的法律性质尚有较大分歧,美欧等西方国家高度评价《蒙特勒文件》《私营军事和安保公司国际行为准则》等自愿性国际监管措施文件,而不少发展中国家认为上述文件由少数国家推动制订,缺乏普遍代表性,同时自愿性监管措施作用有限,要建立真正的问责制度,必须以国家强制力作为后盾。关于未来工作组的参与方,各方最终同意“蒙特勒文件论坛”和国际行为准则协会主席等利益攸关方也参与相关工作。

(四) 有关作战手段和方法的四大立法和编纂进程

原则上新的作战手段和方法应受到国际人道法规制,《第一附加议定书》第36条^①确保了现有规则应适用于新技术,^②但现有规则如何适用于新技术常常面临挑战。当前,各国和国际组织纷纷争取网络、外空、自主武器系统、核武器等领域的规则制定的主导权,形成了一些论坛和立法及编纂进程。

在网络领域,当前具有重要影响的立法进程是两个《塔林手册》的编纂。2013年3月,设立于爱沙尼亚首都塔林的北约“网络防御合作卓越中心”(The NATO Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence)推动20余名西方专家编纂完成了《关于网络战国际法适用的塔林手册》(简称《塔林手册1.0》)。^③《塔林手册1.0》包括国际网络安全法与网络武装冲突法两部分,计7章、95条规则及相应评注,约300页,涉及主权、管辖、国家责任、诉诸武力权、敌对行动、占领、中立等内容。

《塔林手册1.0》引起国际社会广泛关注。为进一步扩大影响,“网络防御合作卓越中心”又推动学者于2017年2月编纂完成了包括和平时期国际法适用在内的《塔林手册2.0》。^④《塔林手册2.0》的制定者在维持原班西方学者的基础上,新增加了中国、白俄罗斯和泰国等国专家。《塔林手册2.0》主要内容包括4部分,即一般国际法与网络空间,国际法特别制度与网络空间的特别制度,国际和平与安全与网络活动,以及网络武装冲突法,共20章,154条规则及相应评注,近600页。《塔林手册2.0》涉及网络国家主权原则、审慎义务(due diligence)、管辖、国家责任法、本质上不受国际法规制的网络行动(cyber operations not per se regulated by international law)、国际人权法、外交领事法、网络间谍、外空法、航空法、海洋法、国际电信法、诉诸武力权、自卫权、集体安全制度、和平解决国际争端、不干涉原则、维和行动和武装冲突法。

两个《塔林手册》提出了国际网络空间应遵循的国际法规则,但在性质上《塔林手册》属于专家学者的学术著作,而且很难说它反映了普遍公认的公法学家学说。《塔林手册》名义上是对现有国际法的编纂,但实际上其不少内容超越了现有国际法,在很大程度上是对国际法的发展,没有国家实践支持。《塔林手册》不具有法律约束力,但其对网络空间国际法的解释和适用的影响不容忽视,值得我们高度重视。

① 该条规定“在研究、发展、取得或采用新的武器、作战手段或方法时,缔约一方有义务断定,在某些或所有情况下,该新的武器、作战手段或方法的使用是否为本协议定书或适用于该缔约一方的任何其它国际法规则所禁止。”

② William Boothby, “Dose the law of targeting meet twenty-first-century needs?”, in C. Harvey (ed.), *The Law of War: Fit for Purpose? Essays in Honour of Professor Peter Rowe* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), pp. 216-234.

③ Michael N. Schmitt (General ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Cambridge: Cambridge University Press, 2013).

④ Michael N. Schmitt (General ed.), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. See also the introduction on <https://ccdcoe.org/research.html> (last visited May 16, 2017).

此外，联合国框架下的信息安全政府专家小组（Group of Governmental Experts，简称 GGE）自 2010 年起每年均发布《从国际安全角度来看信息和电信领域发展的报告》（Report on the developments in the field of information and telecommunications in the context of international security），^①分析了国际法特别是《联合国宪章》以及人道原则、必要性原则、比例原则和区分原则在网络空间的适用。目前在网络空间国际法规则编纂问题上面临的主要难题是缺乏公认清晰的国家实践支撑，同时还面临着术语界定、溯源、身份识别、国家责任认定等诸多技术和法律难题。

在外空领域，目前还没有有关国际人道法规则如何适用该领域的政府间立法进程，最重要的国际进程是由加拿大麦吉尔大学和澳大利亚阿德莱德大学发起的《适用于外空军事利用的国际法手册》（Manual on International Law Applicable to Military Uses of Outer Space，简称 MILAMOS 和《麦吉尔手册》）的编纂进程。^②该项目于 2016 年正式启动，来自全球各地的 50 多位外空法专家、武装冲突法专家和技术专家计划利用 3 年时间完成《麦吉尔手册》的编写，并拟于 2020 年定稿。《麦吉尔手册》旨在编纂可适用于外空军事利用的空间法、武装冲突法和国际人道法规则。2017 年 2 月，《麦吉尔手册》第一次专家研讨会在澳大利亚阿德莱德大学举行，来自 19 个国家的 50 余名法律、军事和技术专家进行了深入讨论。第二次专家研讨会将于 2017 年 7 月在印度举行。可以预见，《麦吉尔手册》日后有可能成为外空法领域一项重要的学术编纂。

在致命性自主武器系统（Lethal autonomous weapons system，简称 LAWS）领域，过去几十年，武装部队开发和使用机器人等自主武器系统并适用于武装冲突的现象激增。由于相关问题缺乏明确的法律规定，^③如何规制自主武器系统等问题成为国际人道法的重要议题。目前对自主武器系统的讨论主要有两大重要平台：一是政府参与的在《特定常规武器公约》框架内进行的专家讨论。2013 年以来，政府专家在《特定常规武器公约》框架下对自主武器系统适用的法律规则等进行了多次讨论，各国对自主武器系统的定义、自主武器系统是否符合国际人道法，自主武器系统的合法性审查和使用自主武器系统的归责问题，迄未取得共识。二是 2014 年开始由国际红十字会主持的专家讨论，核心是如何适用国际人道法规制自主武器系统问题以及各国如何履行法律审查的责任问题。^④有关问题涉及政治、经济、军事、技术、法律甚至道德等复杂问题，如何适用现行国际人道法规范自主武器系统问题，值得我们高度关注。

在核武器领域，长期以来，有关使用核武器的合法性问题，特别是使用核武器是否违反国际人道法中的区分原则和比例原则一直存在争议。现行国际法并没有全面禁止使用核武器。1968 年《不扩散核武器条约》的主要目的是防止核武器扩散和推动核裁军。1996 年国际法院的咨询意见认为，使用核武器“一般会违背”国际人道法的原则和规则，但无法确定“一个国家在生死存亡关头为实行自卫的极端情况下”使用核武器是合法还是非法。因此，该咨询意见并未全面否定核武器的合法性。

在有关国家推动下，2016 年联合国大会通过了第 71/258 号决议，决定于 2017 年 3 月启动《禁止核武器条约》的谈判进程。该谈判共有 130 多个国家参加，除少数欧洲国家外，绝大多数

① <https://www.un.org/disarmament/topics/informationsecurity/> (last visited May 16, 2017).

② <https://www.mcgill.ca/milamos/home> (last visited May 16, 2017).

③ 《日内瓦公约第一附加议定书》第 36 条规定现行国际人道法原则上是适用于这些新武器的，但如何适用和规制这些新武器问题仍需进一步深入讨论。

④ <https://www.icrc.org/en/document/report-icrc-meeting-autonomous-weapon-systems-26-28-march-2014> (last visited May 16, 2017).

是亚非拉国家,中、俄、美、英、法5个核武器国家以及印度、巴基斯坦、以色列、朝鲜及多数北约国家均未参加。参加谈判的多数国家仍支持《不扩散核武器条约》在国际核不扩散体系中的基石地位,认为新条约谈判与《不扩散核武器条约》等现有军控机制不是竞争关系,而是互相补充和促进的关系。但各方在如何平衡本条约与《不扩散核武器条约》和《全面禁止核试验》的关系上有一定分歧。2017年5月公开的最新版谈判案文草案^①共21条。草案前言认定使用核武器违反国际人道法规则,其禁止的范围宽泛,但未涉及“威胁使用”及“过境”等争议问题;其确立了禁止核武器的基本义务,但未规定“销毁”“核查”等具体条款;其确认了《不扩散核武器条约》的基石地位并规定不影响《不扩散核武器条约》下的权利义务,但未沿用《不扩散核武器条约》划定核武器国家的标准;其生效门槛低,未将所有具备核能力国家批准条约作为生效条件。该草案将作为2017年6月15日至7月7日第二次会议谈判的基础。^②

中国一贯主张并积极倡导最终全面禁止和彻底销毁核武器,这与《禁止核武器条约》的谈判宗旨在根本上是一致的。中国也认为,实现核裁军目标无法一蹴而就,必须遵循“维护全球战略稳定”和“各国安全不受减损”的原则,循序渐进加以推进;相关进程必须在现有国际裁军和防扩散机制下处理。^③《禁止核武器条约》涉及复杂的法律问题,主要包括核武器在现行国际法的合法性,《不扩散核武器条约》规定的核裁军谈判义务的范围,《禁止核武器条约》对非缔约国的效力、对核不扩散机制的冲击,以及对核有关行业实体和个人的影响等问题。这些问题可能很难一蹴而就地解决,国际社会需要从法律、政治、管理等各方面共同应对。2014年马绍尔曾在国际法院起诉拥有核武器的国家,表明与核裁军有关的法律问题正日益突出,其发展动向值得关注。

(五) 国际法委员会关于“危害人类罪”和“与武装冲突有关的环境保护”两大专题的编纂

1. “危害人类罪”专题 (crime against humanity)

危害人类罪涉及将违反国际人道法和国际人权法的行为刑事化的问题,既涉及国际性武装冲突中的犯罪行为,也涉及非国际性武装冲突中的犯罪行为。2014年国际法委员会(简称ILC)将该议题列入工作方案,计划出台一套条款草案,最终为联合国谈判制定一项全球性的《危害人类罪公约》奠定基础。国际法委员会美国籍委员墨菲(Sean Murphy)教授被任命为特别报告员,迄今已提交了三次报告。2015年特别报告员提交首次报告,并通过了4条条款草案,包括适用范围、一般义务、定义和预防义务。2016年国际法委员会审议了特别报告员的第二次报告,该报告对国际条约和各国立法情况进行了详细梳理,并提出了6条条款草案,主要包括国家制定国内立法对危害人类

^① UN Doc. A/CONF. 229/2017/CRP. 1.

^② 本文发表时,《禁止核武器条约》第二轮谈判已经结束,并于2017年7月7日在纽约以122票赞成,1票反对(荷兰),1票弃权(新加坡)通过了《禁止核武器条约》文本。该条约将于2017年9月20日起在联合国开放签署。该条约包括序言及禁止范围、逐步实现彻底消除核武器、国家执行、国际合作与援助、生效等20个条款。核心内容有:禁止缔约国发展、试验、生产、制造、获取、存储、使用或威胁使用核武器或核爆炸装置,禁止转让核武器及其控制权;禁止缔约国协助、鼓励或引诱其他缔约国从事违约活动,也不得在本国领土贮存、安装或部署核武器;就拥有核武器国家先入约、后销毁步骤作出明确规定;不设履约常设机构,生效后通过定期召开缔约国会议及审议大会审议履约情况;生效门槛为需50个国家批准;条约不允许保留,但允许退出。条约文本见:<https://www.un.org/disarmament/ptnw/>,最后访问时间:2017年7月10日。

^③ “2017年3月20日外交部发言人华春莹主持例行记者会”,http://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1447096.shtml,最后访问时间:2017年5月16日。

罪进行定罪、确立管辖权、开展调查与相关合作以查明被指控罪犯、被指控罪犯所在地国家管辖权、“或引渡或起诉”义务以及给予被指控罪犯公平待遇的义务。2017年5月，国际法委员会对特别报告员第三次报告进行了审议，报告提出了第11条至第17条条款草案和序言，涉及引渡，司法协助，不推回原则，受害人、证人及其他人，与主管国际刑事法庭的关系，联邦国家的义务，国家争端的解决，草案中暂不涉及监督机制、豁免、大赦和保留的内容，并计划于2017年完成一读。目前起草委员会已完成对报告员所提条款草案的审议，并有望在近期提交国际法委员会审议通过。

现有条款草案对“危害人类罪”的定义基本采用了《国际刑事法院罗马规约》的相关规定，并要求在本国刑法中纳入“危害人类罪”。如果最终就此制定公约，这无疑将加强国际人道法的执行力。但联大对该条款草案将采取何种行动，特别是是否会启动制定公约进程是存在很大疑问的。

2. “与武装冲突有关的环境保护” (Protection of the environment in relation to armed conflicts) 专题

近年来，在武装冲突中保护环境日益受到重视。2013年国际法委员会第65届会议将“与武装冲突有关的环境保护”列入工作方案，拟议原则草案，并任命瑞典籍委员雅各布松 (Marie Jacobsson) 女士担任特别报告员。特别报告员迄今共提交了三次报告。2017年国际法委员会第69届会议计划在7月份继续讨论该专题，由于特别报告员雅各布松女士不再担任国际法委员会委员，2017年的国际法委员会会议可能将任命新的特别报告员。“与武装冲突有关的环境保护”专题主要研究拟议的原则草案适用于武装冲突之前、期间和之后的环境保护问题。2016年特别报告员提交了第三份报告，重点确定与冲突后局势相关的规则，提出了9项拟议原则草案，涵盖实施和强制执行、部队地位协定和特派团地位协定、和平行动、和平协定、冲突后环境评估和审查、战争遗留物、海上战争遗留物、获取和分享信息、土著人民权利。

原则草案的很多内容借鉴了《日内瓦公约》及其两个《附加议定书》，以及1996年《禁止或限制使用地雷、诱杀装置和其他装置的议定书》等武器公约中的规则，而且主要是原则性规定。多数委员赞同本专题的务实工作方法和拟议成果，对于拟议的原则草案委员们总体分歧不大。起草委员会暂时通过了9条原则草案，其意义也得到了多数委员的认可。由于目前该专题的特别报告员已离任，其下一步走向还有待国际法委员会的进一步决定。值得注意的是，联合国环境规划署对于该专题工作表示赞赏并给予支持，并于2016年8月出台决议^①，呼吁各国加强武装冲突中的环境保护。可以预见，该专题的成果将是继1994年国际红十字会通过《关于武装冲突中环境保护的军事手册和指令准则》^②后，对现有关于武装冲突中环境保护的国际法的又一次重要总结。

三 结语

在1977年两个《附加议定书》通过40周年之际，我们不能忘记现代国际人道法的伟大先驱亨利·杜南先生。153年前，亨利·杜南先生基于对人性的思考，基于对克减战争苦难这一理想的孜孜追求，在1864年的外交会议上促成了第一部《日内瓦公约》的诞生。杜南之后的先行者们继承他的遗志，制定了1949年《日内瓦公约》和我们所纪念的两个附加议定书。我们已经拥

① “Protection of the environment in areas affected by armed conflict”, UNEP/EA. 2/Res. 15, 1 August 2016.

② 该规则对现有法律进行了总结。1994年该准则被提交给联合国大会，联合国大会向所有国家推荐了这些准则并要求各国予以适当考虑。

有了国际人道法武器。40年后，战争的形式以及我们对战争的认识都已今非昔比。但在一些角落，武装冲突仍然侵蚀着生灵和人类良知。

目前最大的现实挑战已不是国际人道法的立法不足问题，也不是法律解释的根本分歧问题，更紧迫的问题是国际人道法的执行和遵守问题，尤其是现有国际人道法的原则和规则如何适应新的武装冲突形式、新的冲突方、新的武器。正如红十字国际委员会主席彼得·毛雷尔（Peter Maurer）先生所说：“国际人道法面临的真正考验是武装冲突中的各方能否遵守这些规则。”^①因此，如何使现有国际人道法得到有效实施，确保冲突各方遵守和执行国际人道法，应当成为各国和整个国际社会的急务和要务。

International Humanitarian Law in Flux: Development and New Agendas ——In Commemoration of the 40th Anniversary of the 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions

Ma Xinmin

Abstract: The 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949 have laid a major milestone in the evolvement of international humanitarian law (IHL) by codifying and developing relevant rules of IHL. During the last 40 years since the adoption of the Additional Protocols, the ideology of IHL has shifted from a “military paradigm” to a “humanity centered approach”. The framework of IHL has shifted its focus from international armed conflicts to the non-international armed conflicts. Significant progress has been achieved in both the development of new rules and the codification of existing rules. The implementation of IHL has been strengthened on both international and national levels, attaching equal importance to the protection of civilians and war victims and the punishment of individuals who violate IHL. The subject and scope of the application of IHL have expanded and relevant rules have been enriched and refined. Corresponding to the two outstanding questions, namely the implementation of existing rules of IHL and their application to new areas, new subjects and new weapons, five new agendas on IHL are worth our attention, namely the Intergovernmental Process on Strengthening Respect for IHL; Strengthening IHL Protecting Persons Deprived of Their Liberty; UN Intergovernmental Working Group on Private Military and Security Companies; the legislation and codification on means and methods of warfare concerning cyberspace, outer space, autonomous weapon systems and nuclear weapons; proceedings of the International Law Commission on the topics of “crimes against humanity” and “environmental protection related to armed conflict”.

Keywords: International Humanitarian Law; 1977 Additional Protocols; Armed Conflict; New Agendas

（责任编辑：曲相霏）

^① Peter Maurer, “War, Protection and the Law: the ICRC’s Approach to International Humanitarian Law”, at 2nd Annual Foreign and Commonwealth Annual Lecture on International Law, 19 May 2014, p. 7.